RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.533 van 25 februari 2014
in de zaak A. 210.823/XII-7510

In zake: de NV BIMEXCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willy Van Der Gucht
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 34-36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

BPOST, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8a
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 november 2013, strekt tot de nietigverklaring en de schorsing van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van bpost, […] ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven van 30 september 2013, houdende ambtshalve maatregel ten aanzien van [de nv Bimexco], waarbij bpost is overgegaan tot eenzijdige verbreking van de opdracht aan [de nv Bimexco] gegund bij een eerdere beslissing van 3 juni 2013".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld over het beroep tot nietigverklaring, op grond van artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', en over de vordering tot schorsing.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 februari 2014.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jordi Serneels, die loco advocaat Willy Van Der Gucht verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Wim Naudts, die loco advocaat Kathleen De hornois verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Bpost schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van stadskledij voor haar personeel via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 september 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 september 2011. Na intrekking van een eerdere gunningsbeslissing, wordt de opdracht bij beslissing van 3 juni 2013 gegund aan de verzoekende partij.

3.2. Op 21 juni 2013 wordt tussen de verzoekende partij en de aanbestedende overheid een overeenkomst afgesloten met betrekking tot de uitvoering van de opdracht.

3.3. Op 25 juni 2013 geeft bpost drie bestellingen door aan de verzoekende partij te weten:

- levering van 7.000 herenbroeken tegen 6 augustus 2013;
- levering van 11.979 herenbroeken, 2.439 vrouwenbermuda's en 562 bermudarokken tegen 3 september 2013;
- levering van 1.479 herenbroeken tegen 17 september 2013.

3.4. Op 3 juli 2013 levert de verzoekende partij in uitvoering van de overeenkomst een halve maatreeks stalen aan bpost. Deze halve maatreeks wordt door bpost geweigerd wegens niet-conformiteit met de technische bepalingen van het bestek. Op 16 juli 2013 werd vervolgens een tweede halve maatreeks geleverd. Deze reeks werd opnieuw geweigerd door bpost wegens afwijkingen van de technische bepalingen van het bestek. Volgens de gegevens in de nota van de verwerende partij wordt er dan op 22 juli 2013 een nieuwe halve maatreeks stalen geleverd die door haar wordt aanvaard.

3.5. Op 22 augustus 2013 stuurt bpost per aangetekend schrijven een proces-verbaal van vaststelling van in gebreke blijven aan de verzoekende partij overeenkomstig artikel 20, § 1, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden wegens het niet-naleven van de leveringstermijn van 6 augustus 2013 voor de eerste bestelling van 7.000 herenbroeken. De verzoekende partij reageert hierop bij aangetekend schrijven van 29 augustus 2013. Op 10 september 2013 stuurt bpost aan de verzoekende partij een proces-verbaal van vaststelling van in gebreke blijven met betrekking tot de levering van de tweede bestelling van herenbroeken, damesbermuda's en broekrokken voor dames. De verzoekende partij reageerde hierop met een aangetekend verstuurd schrijven van 23 september 2013. Op 27 september 2013 stuurt bpost aan de verzoekende partij een proces-verbaal van weigering van aanvaarding van de volledige voorlopige oplevering van de eerste

bestelling van 7.000 herenbroeken.

3.6. Bij een op 1 oktober 2013 per post aangetekend verstuurd schrijven deelt bpost aan de verzoekende partij het volgende mee:

> "Wij verwijzen naar de ingebrekestellingen dd. 22 augustus en 10 september 2013 inzake de gebrekkige uitvoering van de overheidsopdracht voor aanneming van leveringen met betrekking tot stadskledij (broeken en bermuda's).
> De door Bimexco aangevoerde verweermiddelen omtrent deze gebrekkige uitvoering worden door bpost niet aanvaard. Gelet hierop is bpost gemachtigd om bij toepassing van artikel 20 §3 tot en met §8 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden en artikel 8 van de Algemene Voorwaarden van bpost, één of meer ambtshalve maatregelen te nemen die aldaar zijn opgesomd.
> In overeenstemming met deze bepalingen werd door bpost besloten over te gaan tot het nemen van de ambtshalve maatregel van eenzijdige verbreking van de opdracht. Gelieve in bijlage de gemotiveerde beslissing inzake de toepassing van deze ambtshalve maatregelen te willen vinden.
> Wij wijzen u erop dat u ten gevolge van deze maatregel vanaf heden niet meer mag tussenkomen in de uitvoering van deze opdracht.
> Krachtens artikel 20 §6 1° Algemene Aannemingsvoorwaarden komt ten gevolge van deze maatregel het geheel van de borgtocht toe aan bpost".

Bij dit schrijven wordt de beslissing gevoegd van bpost om op basis van artikel 20, § 6, Algemene Aannemingsvoorwaarden over te gaan tot ambtshalve maatregelen wegens de vastgestelde gebrekkige uitvoering, meer bepaald de eenzijdige verbreking van de opdracht gegund aan de nv Bimexco.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

4. De verwerende partij werpt in haar nota een "exceptie van onbevoegdheid" van de Raad van State op. Zij verwijst daarvoor naar diverse arresten van de Raad van State waarin deze zich zonder rechtsmacht verklaarde om

kennis te nemen van een geschil dat tussen partijen rijst naar aanleiding van het nemen van een ambtshalve maatregel door een aanbestedende overheid.

Beoordeling

5. De door de verzoekende partij te dezen bestreden beslissing betreft een beslissing tot ambtshalve maatregelen, meer bepaald de eenzijdige verbreking van de opdracht gegund aan de nv Bimexco, wegens de vastgestelde gebrekkige uitvoering. Deze beslissing vindt haar rechtsgrond in artikel 20 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken, Bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken', waardoor de contractuele verhoudingen tussen het bestuur en de verzoekende partij worden bepaald met betrekking tot de uitvoering van de opdracht die het voorwerp was van de aanbesteding en die op 3 juni 2013 gegund werd aan de verzoekende partij. Luidens dat artikel 20 worden de tekortkomingen op de bepalingen van het contract in een proces-verbaal vastgesteld dat toegezonden wordt aan de aannemer en waarop hij zijn verweermiddelen kan doen gelden binnen de vijftien kalenderdagen. Luidens de zesde paragraaf van dit artikel 20 kan de aanbestedende overheid de opdracht eenzijdig verbreken in geval van in gebreke blijven bij de uitvoering van de opdracht.

6. De eenzijdige beslissing van de aanbestedende overheid van 30 september 2013 om de opdracht te verbreken is ten aanzien van de verzoekende partij niet een handeling die haar kracht ontleent aan het openbaar gezag dat het bestuur door of krachtens de wet is toegekend, maar een handeling die ten aanzien van de verzoekende partij haar kracht ontleent aan het tussen haar en het bestuur gesloten contract.

Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet behoort het aan de hoven en rechtbanken uitsluitend of in beginsel om kennis te nemen van geschillen over subjectieve rechten. Onder voorbehoud van een – te dezen niet bestaande – toewijzing van rechtsmacht inzake politieke rechten, heeft de Raad van State dan ook geen rechtsmacht betreffende een beroep tot nietigverklaring waarvan het werkelijk en rechtstreeks voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft. Te dezen is er een dergelijke betwisting voorhanden, namelijk omtrent de uitvoering van de opdracht, waaromtrent een contract werd gesloten tussen de aanbestedende overheid en de verzoekende partij.

Bijgevolg is het beroep tot nietigverklaring niet ontvankelijk.

V. De vordering tot schorsing

7. Aangezien overeenkomstig artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing slechts mag worden bevolen wanneer een akte vatbaar is voor vernietiging, dient ook de vordering tot schorsing als niet-ontvankelijk te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 februari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Dierk Verbiest**